



Fundação Educacional do Município de Assis
IMESA - Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis

PAULO CESAR PERON RAMOS

**UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA DA
TEORIA DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA**

ASSIS - SP

2015



Fundação Educacional do Município de Assis
IMESA - Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis

PAULO CESAR PERON RAMOS

UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA DA TEORIA DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA - como requisito parcial à obtenção do certificado de conclusão do Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Sérgio Augusto Frederico

Área de Concentração: Direito Processual Civil

Assis - SP

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Ramos, Paulo Cesar Peron

Uma Visão Contemporânea da Teoria Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova - Paulo Cesar Peron Ramos, Instituto Educacional do Município de Assis – Assis – 2015

36 páginas

Orientador: Sergio Augusto Frederico

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino de Assis - IMESA

Palavra Chave: Prova, ônus da prova, Dinamização do ônus da prova

CCD: 340

Biblioteca da FEMA

UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA DA TEORIA DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Paulo Cesar Peron Ramos

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Sérgio Augusto Frederico

Analisador (1) Lenise Antunes Dias de Almeida

ASSIS

2015

DEDICATÓRIA

À minha esposa Alessandra, que não mediu esforços para que eu pudesse concluir mais esse sonho, e aos meus filhos, Isabela e Lucas, presente de Deus em nossas vidas.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pelo dom da vida e pela fé que alimenta nossa alma em busca de nos tornarmos seres humanos melhores.

Ao professor Sérgio Augusto Frederico pela dedicação, estímulo e paciência constantes na elaboração desse trabalho.

À minha família que esteve sempre ao meu lado me incentivando e alimentando meu sonho de conclusão de mais um desafio em minha vida.

Aos meus pais que sempre me incentivaram e apoiaram minhas decisões, estando sempre presentes em todas minhas lutas.

À todos os professores da FEMA pela generosidade com que transmitem seus conhecimentos e incentivam a nós, alunos.

RESUMO

Este trabalho procurou abordar de forma concisa a relevante questão das provas no Direito Processual Civil, tendo como enfoque principal o ônus da prova, seu histórico e evolução.

Inicialmente foi necessário se conceituar os elementos básicos do tema, como prova, ônus, obrigação e processo, para depois estudarmos a evolução dentro do Direito de tais institutos e quais as funções que cada um exerce na lide e conseqüente resultado jurisdicional.

A evolução do Direito é conseqüência lógica da evolução da sociedade moderna, em que o Estado procura manter a pacificação social através de normas que resolvam de uma maneira justa e breve as questões que afligem tal sociedade.

Dentro dessas premissas, a prova, torna-se um fator extremamente importante dentro da função jurisdicional do Estado e, portanto, é objeto de constantes estudos e preocupações dos juristas, que procuram encontrar as melhores disposições para utilizá-las.

A dinamização do ônus da prova vem ao encontro desse modelo de satisfação jurisdicional, visando ser um elemento que pactua com o princípio constitucional da isonomia, dando condições ao magistrado, ao avaliar o caso concreto, de determinar qual das partes detêm naquele momento e naquela situação, a melhor posição na apresentação da prova, sem ferir os princípios da imparcialidade, da ampla defesa e do contraditório.

Apesar da inversão do ônus da prova já ser utilizada largamente no Código de Defesa do Consumidor, através do artigo 6º, VIII, ela vinha sendo utilizada de maneira análoga nas outras áreas do Direito.

Agora, com o advento do novo Código de Processo Civil, ela passa a ser positiva, ampliando os poderes do juiz na condução do processo, porém de forma fundamentada e com ampla possibilidade de defesa e contraditório pelas partes.

Acreditamos que essa seja uma evolução do novo Código, e que trará mais uma esperança aos litigantes e ao juízo, de se chegar de maneira mais rápida, além de mais justa, na solução da lide.

Palavras-chave: prova, ônus da prova, dinamização do ônus da prova

ABSTRACT

This work sought to address in concise the relevant questions of the evidence in the civil procedural law, having on focus the burden of proof, its history and evolution.

First it was necessary to conceptualized the basic elements of the theme, like proof, obligation and process, and then study the evolution in the law of such institutes and what functions each has on deal and consequent jurisdictional result.

The law's evolution is a logical consequence of the modern society's evolution, that the State seeks to keep the social peace through rules that resolve in a fair and short way the questions that afflict the society.

In these premises, the proof, becomes an extremely important factor in the jurisdictional of the State's function, and thus, It's an object of contante studies and concerns of lawyers, that search the best provisions to use them.

Streamlining the burden of proof meets this jurisdictional satisfaction model aiming being a element that pacts with the constitutional principle of equality, giving conditions to the magistrate, to assess the case, determining which parts holds at that time and in that situation, the best position in the presentation of the proof, without hurt the principles of the impartiality, the legal defense and contradictory.

Despite the reversal of the burden of proof already be used in the Consumer Protection Code, through the article 6º, VIII, It had been used in a similar way in other areas of law.

Now, with the advent of the new Civil Code, it becomes positive, expanding the powers of the judges in the process conditions, but with good reason and with ample opportunity to defense and contradictory by the parts.

We believe that this is an evolution of the new Code, and that will bring one more hope to the litigants and the court, of reaching the quickest way, and fairer in the solution of the dispute

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1- CONCEITUAÇÃO DOS ELEMENTOS DA TEORIA.....	11
1.1 Do Processo.....	11
1.2 Da Prova.....	13
1.2.1 classificação das provas	14
1.3 Diferenciação e conceito de ônus e Obrigação.....	15
2- BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO JURÍDICA DO ÔNUS DA PROVA.....	17
2.1 Do Direito Romano.....	17
2.2. Evolução do ônus da prova no Direito Romano.....	20
2.3 Influência Germânica sobre o processo e o ônus da prova.....	22
2.4 Teorias sobre o ônus da Prova.....	23
3) A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	27
3.1 Distribuição do ônus da prova no atual CPC.....	27
3.1.1 Direito Vivo	28
3.2 A proposta do novo CPC	29
3.3. Momento	30
3.4 Distribuição do Ônus da Prova através de Convenção (Negócio Processual)	33
Conclusão.....	34
Referências Bibliográficas.....	35

INTRODUÇÃO

A teoria política do filósofo inglês Thomas Hobbes (1588 – 1679), mostra a busca do homem pela felicidade. Esta felicidade se dá quando nossos desejos se realizam com um êxito constante. O poder é a condição *sine qua non* para atingir essa felicidade. Riquezas, ciências e honra, são apenas formas do poder. Há no homem um desejo latente de poder, que só se esvai com a morte.

Hobbes crava uma frase que demonstrar toda animosidade do homem para com ele próprio, “o homem é um lobo para o homem”: *homo homini lupus*.

Neste sentido, Hobbes, coloca o homem como um ser com animosidade para guerras, pois são extremamente maus, orgulhosos, parciais e sedentos de vingança.

Em um estado assim, onde a barbárie e o temor contínuo prevaleçam, não é possível formar uma sociedade justa, desenvolvida e garantidora dos direitos individuais de cada homem.

Por esses pressupostos, há a necessidade da intervenção de um ser maior, o Estado (Leviatã)¹ que deveria exercer sua força, autoridade e juízo sobre os seus súditos, para manter a “ordem” entre os homens. Segundo Jean Jacques Rousseau, intelectual suíço do século XVII, esse modelo se firmaria por meio de um “contrato social”, onde os homens concordavam em renunciar ao direito absoluto sobre todas as coisas, (direito que cada homem possuía no estado de natureza) dando o poder a esse Estado para agir em seu nome procurando alcançar uma ordem social e política na sociedade. Isto seria um pacto de associação.

O Estado contemporâneo, por meio das suas Instituições soberanas, passou a exercer o direito de, através de seu poder coercitivo e imperativo, reger as relações interpessoais dos seus cidadãos, com o escopo de lhes garantir, uma sociedade organizada e harmonizada.

¹ Thomas Hobbes chamou de Leviatã, o Estado Centralizador que deveria se sobrepor a todos e a que todos deveriam se submeter para assegurar a paz interna e a defesa comum, em homenagem à figura folclórica de monstros terríveis que acreditavam ser os primeiros seres a habitar a terra.

A busca por uma pacificação social é um dos maiores objetivos do sistema judiciário em todos os cantos do planeta, e o acesso à justiça, vem sendo objeto de estudos diversos, que têm como escopo, fazer com que um número maior de pessoas possam se socorrer desse judiciário para resolução de seus problemas.

O processo é a forma pela qual esse objetivo é alcançado, e, portanto, seu procedimento deve ser o mais ágil, eficaz e crível possível.

A prova é parte fundamental do processo e merece uma atenção especial, pois é a partir dela que o magistrado poderá formar seu convencimento acerca da lide e sentenciar de forma justa, uma vez que a ele não é permitido o *non liquet*.

Após conceituarmos os elementos: processo, prova, ônus e obrigação, faremos uma breve análise sobre a evolução do processo no que tange à forma como a prova era utilizada, e a quem incumbia o viés probatório.

E diante disso, finalizaremos nosso trabalho analisando o novo CPC com vistas a essa evolução do contexto probatório, se utilizando da dinamização do ônus probatório, e sua assistência para garantir o sucesso do processo.

1. CONCEITUAÇÃO DOS ELEMENTOS DA TEORIA

Ao iniciarmos o presente estudo, se faz necessário conceituarmos os elementos que compõe o tema em questão para que possamos compreender com mais facilidade as nuances que o cercam.

Iremos conceituar primeiramente processo para depois adentrarmos na prova, e por fim, analisaremos as distinções entre ônus e obrigação.

Vale, antes, entender o que é conceito. Este, significa “ ação de formular uma idéia por meio de palavras; definição, caracterização”¹

1.1. DO PROCESSO

¹ Significado encontrado no Dicionário Aurélio eletrônico

Em primeiro lugar, temos que salientar que iremos nos ater ao processo visto no Direito Processual Civil, uma vez que é esse o objeto do nosso estudo, pois sabemos que existem inúmeros outros tipos de processo, como: Processo Administrativo, Legislativo, Arbitral entre outros.

O processo é um instituto, a cujo respeito, diversas teorias foram desenvolvidas. Desde aquelas que tratavam o processo como mero procedimento (predominante durante a fase imanentista (civilista) do desenvolvimento histórico do Direito Processual)² atrelado ao direito material, até aquela que considera o processo uma categoria jurídica autônoma, sendo inadequada qualquer tentativa de enquadrar o processo entre as categorias jurídicas conhecidas.

Todas as teorias podem ser tidas como adequadas a uma razoável explicação do fenômeno processual, uma vez que as mesmas são capazes de expressar aspectos diversos do processo (CÂMARA, 2103, P.166).

Processo é a atividade com a qual se desenvolve em concreto a função jurisdicional.³ É um método institucional pelo qual a jurisdição se exerce, solucionando conflitos ou resolvendo controvérsias⁴.

Nas lições de Câmara (2013, p.168), o processo deve ser definido “como o procedimento, realizado em contraditório, animado pela relação jurídica processual.”

Sendo assim, temos o processo como uma categoria jurídica autônoma, que se desenvolve através de: a) Procedimento: Segundo Ernane Fidélis dos Santos, “procedimento é o modo pelo qual o processo se forma e se movimenta, para atingir

² Para a Teoria Inamentista, o direito à ação estava vinculado ao direito material controvertido, sendo necessário a certeza do direito postulado.

³ Enrico Tulio Liebman. *Manuale di diritto processuale civile*. 3. Ed. Milão: Giuffrè, 1973. Vol. I, p 27

⁴ Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.p.11.Cf.,Tb., Elio Fazzalari. *Processo (teoria generale)*. Novissimo Digesto Italiano. Turim : Utet, 1966. Vol. XIII.p.1.069.

o respectivo fim”.⁵ b) Relação Jurídica Processual: é aquela que se estabelece entre as partes e o Estado-juiz, que deve permanecer equidistante na condução e julgamento da lide, e c) Contraditório: aspecto de extrema importância no processo pois permite às partes, desenvolverem suas teses quanto ao objeto controvertido, e que iram servir como meio de convencimento do juiz.

Importante frisar que processo e procedimento não são sinônimos, sendo que o processo comporta diversos procedimentos, sendo esses, a mola propulsora daquele.

1.2. DA PROVA

O termo prova tem sua etimologia na palavra latina *probo*⁶, que por sua vez significa bom, reto, honrado, garantindo assim, quando do seu uso, que o que resulta provado é autêntico, estabelecendo assim uma demonstração da sua autenticidade (lembrando que o termo autêntico deriva do latim *authenticus* , cujo significado exprime aquilo que tem autoridade).⁷

Nos ensinamentos de Câmara (2013, p.429) “ denomina-se prova a todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato”.

O juiz deve ser como uma folha em branco, na qual vão se escrevendo os capítulos de um livro. Os fatos trazidos pelas partes ao processo irão contando a história da vida, num recorte, dos mesmos.

Via de regra, esse recorte da história da vida das partes traz um fato controverso e que deverá ser sanado pelo juízo, que determinará através de uma sentença, a quem pertence o direito alegado. Este, portanto, deverá ter sua convicção formada à respeito do fato trazido, pelas provas que se apresentam no processo.

Segundo Cambi (2001, p.48-49)

⁵ Ernane Fidélis dos Santos, Manual de direito processual civil, vol. I, p. 25.

⁶ Informação encontrada no Dicionário Etimológico eletrônico

⁷ Santiago Sentís Melendo. Naturaleza de la prueba. La prueba. *Los grandes temas Del derecho probatório*. Buenos Aires : Ejea, 1978. P. 33-34

“ o juiz pode formar livremente a sua convicção; todavia, essa liberdade não é irrestrita, não confundindo-se com o arbítrio. Com efeito, deve ser exercida com responsabilidade e, por isso, exige-se que o juiz motive racionalmente a sua decisão. Para poder motivar sua decisão, o juiz, na atividade de valoração da prova, deve, basicamente, comparar aquilo que foi alegado com aquilo que foi provado.”

A prova, portanto, deve incidir sobre a matéria fática, para que possa ser formado a convicção, ou talvez, melhor ainda, se conseguir formar a certeza do direito alegado.

1.2.1. classificação das provas

As provas podem ser classificadas, segundo Câmara, quanto ao fato:

- 1) Diretas: diz respeito ao fato que se quer ver provado;
- 2) Indiretas: diz respeito a outros fatos, ligados indiretamente ao fato, e que por meio de lógica, poderá o juiz presumir a existência do fato;

Quanto ao sujeito:

- 1) Pessoais: Afirmação consciente de uma pessoa (depoimento);
- 2) Reais: Afirmação inconsciente feita por uma coisa (declaração contida em um documento);

Quanto ao objeto:

- 1) Testemunhais: Toda afirmação feita de forma oral (depoimentos);
- 2) Documentais: Toda afirmação escrita ou gravada (fotos);
- 3) Materiais: Qualquer outra materialidade que sirva como prova (perícias)

Quanto à preparação:

- 1) Casual: Aquela produzida no curso do processo (perícia);

2) Preconstituída: Aquela preparada antes da propositura da demanda (contrato).

Muitos autores, determinam como sendo objeto da prova apenas os fatos⁸. Porém, as provas são também direcionadas às alegações das partes, que necessitam formar a convicção do juiz à respeito das suas verdades. Fatos existem ou não existem, porém, as alegações podem não coincidir com a verdade, e, portanto, há a necessidade, por parte das partes, de provar suas alegações.

Nesse sentido, Chiovenda define prova como “ a convicção do juiz sobre a existência ou não , de fatos relevantes no processo.”⁹

1.3. DIFERENCIAÇÃO E CONCEITO DE ÔNUS E OBRIGAÇÃO

É Importante para o entendimento do tema a ser estudado, que tenhamos a exata compreensão acerca do conceito de ônus e obrigação.

Segundo Silveira Bueno, no seu dicionário da língua portuguesa, ônus significa: encargo; obrigação; imposto gravoso. Já “obrigação” tem como significado: imposição; preceito; dever; encargo; compromisso.

Essas definições apenas literais, do ponto de vista do vocabulário comum, não conseguem nos aproximar dos sentidos jurídicos aos quais são aplicadas cada uma delas.

Há tempos, esses dois Institutos Jurídicos (ônus e obrigação), vêm sendo exaustivamente estudados por vários autores, afim de conceituá-los juridicamente de uma forma a diferenciá-los definitivamente.

A autonomia conceitual do ônus é uma conquista relativamente recente e foi necessária em virtude das novas necessidades criadas pela evolução do direito, entre eles o reconhecimento de poderes instrutórios dados ao juiz e a liberdade de valoração da prova.

O ônus estaria ligado à uma conveniência (liberdade) do sujeito em praticar determinado ato, visando atingir um objetivo. *Micheli*, pondera que os ônus são criados por regras “ que não criam verdadeiros deveres jurídicos, mas somente

⁸ Amaral Santos, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, p. 5.

⁹ Giuseppe Chiovenda, Instituições de direito processual civil, v. 3, p. 91. Tradução para o vernáculo, por J. Guimarães Menegale, da 2. ed. Italiana. 3.ed. São Paulo : Malheiros, 1995

deveres livres, juridicamente qualificáveis, na medida em que é jurídico o fim previsto, mas deixam o sujeito livre para usar ou não os meios necessários à consecução do mesmo”.¹⁰

Nas lições de Pacífico (2000, p. 24) :

“...ponto fundamental para a distinção operada reside na percepção de que as ideias de liberdade e poder estão abrangidas na noção de ônus, que indica um meio para o atingimento de determinado fim em favor do próprio onerado, e cuja inobservância não implica cometimento de ato ilícito”.

A liberdade dada no ônus, vem, segundo *Betti*, acompanhada de uma auto responsabilidade definida como “risco de consequências desvantajosas imputáveis à conduta própria, deficiente ou incauta. No processo – como em toda forma de luta – o riscos incessantes de tais consequências atua sobre a parte como o mais enérgico estímulo a uma conduta vigilante e sagaz”.¹¹

O caráter de poder do ônus, não se harmoniza com a possibilidade de ingerência oficial na produção das provas, como na possibilidade de investigação probatório *ex officio*, a não ser em casos muito específicos.

O ônus, então, estaria inserido na categoria jurídica como uma faculdade da parte, em promover livremente o ato conforme a norma declara, para atingir seu escopo processual, em busca do seu direito objetivo, este, a mola propulsora do exercício dessa faculdade.

Diferente de tudo o que foi falado até agora, a obrigação é um imperativo de ação ou omissão, cujo destinatário não pode se valer da sua vontade. Não há liberdade de ação para aquele que se obriga. Na obrigação, o sujeito encontra-se em estado de sujeição jurídica, podendo sofrer até uma forma de cumprimento coercitivo, e o seu inadimplemento pode gerar a aplicação de uma sanção jurídica.

Em resumo, os conceitos de ônus e obrigação são distintos e não podem ser aproximados.

¹⁰ Gian Antonio Micheli, *L'onere della prova*, p.63. 2. ed. Padova : Cedam, 1966.

¹¹ Emilio Betti, *Diritto processuale civile italiano*. p. 58. 2. ed. Roma : Società Editrice Del Foro Italiano, 1936

Ao obrigado não cabe outra alternativa a não ser cumprir com sua obrigação, sob pena de infringir a lei e praticar um ato ilícito, visto que estará prejudicando direito subjetivo alheio, portanto cabe a ele, medidas de coerção e sanção.

Já ao ônus, fica facultado à parte, a execução ou não do objeto, que terá por objetivo aclarar os fatos alegados e constituir seu direito mediante convencimento do juiz. Seu não exercício, não configura ato ilícito e, portanto não é sancionado, podendo, entretanto, causar prejuízos à própria parte, ou seja, ao seu próprio direito.

2) BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO JURÍDICA DO ÔNUS DA PROVA

Iremos abordar alguns fatos históricos do Direito Romano, por ser este, origem e base para a formulação do Direito Brasileiro, sem a intenção de esgotarmos esse assunto, muito complexo e abrangente, além das influências germânicas e luso-hispânicas sobre o processo e a prova.

2.1) Do Direito Romano

Na evolução do Direito Romano, conjectura-se que 4 etapas caracterizaram a transição da passagem da Justiça Privada para a Justiça Pública, sendo:

- 1- Vingança Privada: Predomínio da Lei de Talião: “ Dente por dente, olho por olho”, estabelecido pela Lei das XII Tábuas;
- 2- Arbitramento Facultativo: Resolução dos conflitos individuais por árbitros escolhidos pelas partes, sem interferência do Estado;
- 3- Arbitramento Obrigatório: Fase que compreendeu os 2 primeiros sistemas de processos no Direito Romano, a saber: *legis actiones*, ou ações da lei, e *per formulas*, ou formular. Neles era obrigatório o litigante escolher um árbitro para decidir a lide e assegurar a execução da sentença.

Nesse período vigorou o *ordo indiciorum privatorum* (ordem do processo civil), que dividia a instância em duas fases distintas, sendo a primeira

chamada de *in iure*, no qual o litigante submetia sua pretensão à um magistrado para o exame do cabimento da tutela pretendida e, caso fosse afirmativa, era enviado à segunda instância, *apud iudicem*, que se processava perante um *iudex*, que era um cidadão comum escolhido pelos litigantes para julgar o processo.

- 4- Processo Extraordinário: O litígio se desenrolava inteiramente diante de um juiz, funcionário do Estado, como se sucede nos dias de hoje.¹

Até hoje temos em nosso Direito, resquícios da possibilidade de defesa dos direitos com as próprias mãos, como por exemplo nos casos de:

- a) Legítima Defesa: nos casos de agressões ilícitas e
- b) Autodefesa privada ativa: nos casos de esbulhos possessórios

Essa evolução do processo no Direito Romano é fruto, como podemos notar, das mudanças ocorridas ao longo das conquistas Romanas e suas novas necessidades sociais.

No princípio, a realeza, muitas vezes auxiliados pelas castas dos sacerdotes, determinavam o comportamento dos cidadãos. O rei detinha o poder supremo e definia a “sorte” dos poucos litigantes que tinham acesso à esse direito de julgamento. O rei reunia em si todos os poderes: militar, religioso, civil, penal, etc. e o legitimava a julgar em todas as instâncias.

Como ao Rei era impossível o julgamento de todos os casos, sobrevieram outras figuras magistradas, emanadas da autoridade do mesmo, para atuarem nas causas entre os Romanos. Nessa época, o processo *legis actiones* com sua forma extremamente formal, solene e oral, desenvolvida por gestos e palavras, como se as partes estivessem diante de uma divindade, deu início às fases processuais.

A transição entre o sistema *legis actiones* e o *per formulas*, segundo alguns romanistas, se deu graças à evolução social, e as expansões territoriais e econômicas ocorridas na época das expansões Mediterrâneas de Roma, em que novas demandas eram estabelecidas, principalmente envolvendo partes que não eram romanas, o que não era permitido na *legis actiones*. Outros acreditam que

¹¹ <http://www.coladaweb.com/direito/direito-romano>

essa transição ocorrera quando da atividade dos pretores (magistrados romanos investidos de poderes extraordinários)(Pacífico, 2000, p.42). Existiam vários tipos de pretores, entre eles o pretor “ urbano” (que cuidava da cidade de Roma) e os pretores “peregrinos” (que cuidavam da zona rural e das relações com os chamados peregrinos, que eram as comunidades sem cidadania romana).

No sistema *per formulas*, a bipartição das instâncias, o magistrado agora concedia às partes e ao *iudex*, uma instrução (fórmula) por escrito a ser seguido na fase *apud iudicem*², de tal modo que “ a ordem dos juízos privados, posto ainda conserve nota privatística, passa a receber o primeiro elemento público *decretum* de instrução do magistrado.”³

Nessa fase ainda era permitido ao árbitro, caso não alcançasse suficiente convicção para julgar a lide, depois de todas as provas apresentadas, declarar *non liquet* , o que lhe permitia abster-se do julgamento, seguindo-se a nomeação de um novo juiz pelo pretor.

A última fase/período, *extraordinária cognitio*, faz parte de uma nova situação histórica de Roma, onde após vários anos de distúrbios sociais na República, Otaviano Augusto, recebendo o título de Imperador, procura estabelecer uma nova ordem social e política, visando a paz no vasto território romano.⁴

Nessa nova moldura institucional, as lides e o processo se desenrolam inteiramente diante de um juiz, agora funcionário do Estado.

Nessa fase, até o reexame, por um tribunal imperial (órgão superior), passa a ser admitido. Estabeleceu-se aí o desenvolvimento dos remédios recursais. As decisões possuem agora um caráter verdadeiramente de natureza pública⁵, e, por corolário, aos juízes não é mais dada a pronúncia de *non liquet*, devendo estes encerrar o processo com a prolação de uma sentença. Nos casos em que o juiz não se

² A fórmula era o esquema abstrato, existente no edito dos magistrados judiciários, que servia de modelo para que , em um caso concreto, com as adaptações e modificações necessárias, se redigisse o documento no qual se fixava o objeto da demanda a ser julgada pelo juiz popular. A fórmula era composta, conforme Gaio (I, 4, 39), de quatro partes ordinárias (*intentio, demonstratio, adiudicatio e condemnatio*), podendo possuir, ainda, partes adjetas – *praescriptio* (I, 4,130), *exceptio* (I, 4, 115), *replicatio, duplicatio e triplicatio* (I, 4, 126).

³ Luiz Carlos de Azevedo. O direito de ser citado: perfil histórico. São Paulo : FIEO-Resenha Universitária, 1980 (p.120).

⁴ José Rogério Cruz e Tucci, Jurisdição e poder: contribuição para a história dos recursos cíveis. p. 24, São Paulo : Saraiva, 1987 referindo-se aos estudos de Mario Mazza

⁵ José Rogério Cruz e Tucci; e Luiz Carlos de Azevedo. Lições de história do processo civil romano. São Paulo : RT, 1996 p.48

achasse suficientemente habilitado ou se julgasse incompetente, a decisão seria dada pelo imperador, mediante o procedimento denominado *consultatio*.

Até o panorama do direito probatório começa a conhecer sensíveis alterações, entre elas, a majoração das provas escritas sobre as testemunhais, a invalidação do testemunho unitário e o desenvolvimento das presunções.

2.2. Evolução do ônus da prova no Direito Romano

Nos processos sob a égide das *legis actiones*, não existia um sistema probatório regulamentado, e o árbitro privado detinha amplos poderes para valorar não só as provas, mas também as qualidades sociais e morais das partes.⁶

Se no caso concreto, não houvessem provas suficientes, segundo sua avaliação, para condenar o réu, o caráter e a honra dos litigantes eram determinantes para a solução da lide. Caso ambos fossem bons ou maus, acreditava-se preferencialmente em que negava o fato ou a dívida.

Como relata Pacífico (2000, p. 45), “ tais características sobressaem em um passo de Aulo Gélío (N.A., 14, 2, 26, Verba ex oratione M. Catonis) – o único sobre o ônus da prova de que se tem notícia no período em exame -, do qual se colhem os ensinamentos de Catão:

“ Se as duas partes tinham costumes igualmente bons ou maus, acreditava-se preferencialmente em que negava a dívida. Pois bem: suponhamos que Gélío tivesse concordado com Túrio a respeito desse ponto: ‘ Se Gélío não é mais honrado que Túrio ‘, quem estará destituído de boa razão para dizer que Gélío é mais honrado que Túrio? Mas se não é mais honrado, deve-se acreditar em quem nega”.⁷

⁶ Allori, *Il giuramento della parte*, p.67, nota 15, citado por Micheli, op.cit., p. 15, nota 27.

⁷ Texto original em latim, e a tradução em português está baseada na versão espanhola de Francisco Navarro Y Calvo, *Noches Áticas*, p. 173.

Pugliese sustenta que o primeiro princípio desenvolvido no direito romano, ainda no período das ações da lei, foi o da atribuição do ônus da prova ao autor⁸, caso o juiz não firmasse convicção com os elementos oferecidos no processo.

Do mesmo modo, o réu excipiente, passava a ocupar o posto de autor da contestação, na qual, passava a ter o ônus da mesma.

Como exemplo desse princípio, destacamos dois textos, extraídos do *Digesto*⁹ e atribuídos a ULPIANO (D.44, 1, 1) e PAULO (22,3,2), respectivamente:

“Agerem etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est” (“Entende-se que também demanda aquele que se vale de uma exceção, pois o demandado é demandante no que diz respeito à exceção”).

“Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat” (“ A prova incumbe a quem afirma, e não a quem nega”).

Muitas controvérsias sobre os referidos textos foram levantadas, entre elas, qual a época exata dos escritos e se eram alterações dos escritos originais, feitas pelos seus compiladores. Entretanto, o desenvolvimento desses princípios no direito processual romano é pacífico e teve enorme repercussão na Idade Média.

Nessa época, porém, já se percebia a fragilidade da aplicação textual desses dois princípios, e, portanto, a necessidade da individualização do ônus da prova ao analisar casos concretos. Podemos notar que começavam a surgir os primeiros indícios do que chamamos hoje de “ Teoria dinâmica do ônus da prova”.

O conhecido brocardo, *affirmanti non neganti incumbit probatio*, ou que não cabe a quem nega a prova, conhecida como a teoria das negativas, no qual se isentava de provas aqueles que negavam um fato, ou um direito, como forma de se abster do elemento probatório, não teve sustentação no desenvolvimento das teorias do ônus

⁸ Giovanni Pugliese. *Regole e direttive sull'onere della prova nel processo romano per formulas*. Scritti giuridici in memória di Piero Calamandrei. Volume terzo, Diritto Processuale. Padova : Cedam, 1958

⁹ *Digesto de Justiniano* é uma reunião, seleção de decisões e textos célebres de jurisconsultos romanos do período clássico em um só local, a fim de guardá-los para a posteridade e preservá-los a autenticidade.

da prova, uma vez que não bastava somente a negativa conquanto a *intentio* viria carregada de elementos probatórios positivos.

Tanto é real a necessidade, muitas vezes, de se provar um fato negativo como pressuposto do êxito da lide, como numa ação de indenização por omissão culposa, no qual, deve-se provar que não foi feito pelo réu aquilo que lhe cumpria fazer.

O Direito Romano ainda seria influenciado e influenciaria vários outros povos, vistos os movimentos de conquistas e derrotas territoriais da época, além da expansão do Direito Canônico.

O fato das invasões e conquistas que ocorreram nessas épocas, trariam, às legislações existentes, um forte conteúdo consuetudinário, dificultando enormemente uma codificação às leis e normas.

2.3. Influência Germânica sobre o processo e o ônus da prova

Os povos germânicos, em especial os visigodos da Península Ibérica, utilizavam no processo os mesmos meios oral, público e formalista que o antigo direito romano.¹⁰

As demandas eram resolvidas em assembléias formadas pelas partes, vizinhos ou outras pessoas da mesma condição social, e sob a presidência do senhor ou do juiz local. Tinham essa forma como meio de oferecer ao povo a revelação de um ente superior e imparcial. Seu objetivo era mais dirimir controvérsias do que decidi-las.

A prova era meio pelo qual o réu (acusado) teria que se defender de uma acusação de ter contrariado um costume local. Sua posição era diversa daquela ocupada no processo romano, em que lhe bastava negar o direito ou o fato afirmado pelo autor. Aqui, a prova era o elemento necessário para o réu conseguir sua “absolvição”.¹¹

Influenciado pelo Direito Canônico, uma das alternativas do réu era o de “jurar” sozinho ou com um certo número de indivíduos, como nos leciona Paulo Merêa:

¹⁰ Micheli, op. Cit., p. 25.

¹¹ Segundo Giacomo Primo Augenti, L'onere della prova. Roma : Foro Italiano, 1932,. P.29, “ para o direito romano, *actore non probante reus absolvitur*, enquanto para o direito germânico *reo non probante, actore obtinebit*. Isto é, se o acusado não provasse, sucumbia, exatamente como ocorria para o autor no direito romano”

“ A prova apresentava uma fisionomia muito diversa da atual, e que choca profundamente nossa mentalidade de hoje. Em regra, era o réu, e não o autor, quem devia fazer a prova, a qual se destinava a tornar evidente a improcedência da acusação – ‘salvar-se’ como então dizia. A maneira mais freqüente de chegar a este resultado era o réu jurar, ou sozinho, ou (e era essa a regra) com um certo número de indivíduos – coniuradores - , geralmente escolhido entre os parentes”.¹²

Com o passar do tempo, o direito germânico passou a tornar freqüente a exigência da queixa do autor vir acompanhada de testemunhos de homens bons, corroborando para firmar os fatos alegados. ¹³

Interessante notar que o processo germânico se dava, antes da decisão, de maneira marcante, e que podemos correlacionar hoje com a importância do juiz no que se refere a sua participação na produção de elementos probatórios para o seu convencimento e em busca da verdade real. O Juiz decidia, numa sentença de prova, com base nos elementos trazidos pelas partes, sua conduta processual, etc, a parte que seria onerada da prova e, o resultado do processo era consequência do cumprimento satisfatório, ou não desse ônus probatório. Também estava aí firmado o regime das provas legais.

2.4. Teorias sobre o ônus da Prova

Os critérios medievais baseados na qualidade dos fatos afirmados (positivos e negativos), no qual os fatos negativos não careciam de provas, e, na posição ocupada pelas partes no processo, não atendiam mais as necessidades processuais.

¹² Manuel Paulo Merêa. Resumo das lições de história do direito português. Coimbra : Imprensa da Universidade, 1918. P.106

¹³ Marcelo Caetano, História do direito português. 3. Ed. Lisboa/São Paulo : Verbo, 1992. Aduz ser explícito, nesse sentido, o farol de Constantin de Panóia, de 1096: *et rancuroso non valeats sua cherimoniam sine testimonium bonorum hominum*

Essa necessidade em se estabelecer um critério prático, objetivo e ao mesmo tempo abstrato para a distribuição do ônus da prova de maneira a torná-la justa e eficaz, produziu, ao longo do tempo, inúmeras teorias elaboradas pela doutrina.

Rosemberg leciona que :

“A questão sobre qual das partes deve arcar com a consequência desfavorável da falta de prova de uma afirmação controvertida de um fato importante exige uma contestação baseada em uma regra de direito fixa, abstrata. A ciência não pode – nem deve – deixar de buscar essa regra; a prática tem necessidade dela e exige da ciência que a procure”.¹⁴

A importância de se chegar a uma sentença que se aproxime o máximo possível da perfeita e justa, é que levou a inúmeros estudos para se estabelecer o *onus probandi*.

Diante do fato de que toda lide necessita uma sentença, visto que o nosso direito não permite ao juiz o exercício do *non liquet*, é imperioso que a distribuição do ônus da prova deva ser viabilizado segundo alguns princípios, dentre eles o da igualdade e oportunidade (Chiovenda)¹⁵ e conveniência e justiça (Rosemberg)¹⁶.

A resolução das lides de maneira justa e abstrata é fundamental para a manutenção da paz social, caracterizando uma segurança jurídica para toda a sociedade.

Portanto, a busca pela “verdade real” é imperiosa para a prolação de uma sentença justa, e não pode, ao nosso ver, ser tolida por um princípio apenas dispositivo, nem tampouco por uma ação discricionária do juízo, decidindo com base em seu conceito individual de justiça, julgando com seus sentimentos e não com princípios.

¹⁴ Leo Rosemberg. *La carga de la prueba*. Tradução espanhola, por Ernesto Krotoschin, da obra original intitulada *Die Beweislast*. 2. Ed. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1951, Buenos Aires: EJE, 1956.

¹⁵ Giuseppe Chiovenda. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Naoli : Jovene, 1965.

¹⁶ Rosemberg, op.cit.

Abaixo, encontraremos de forma sucinta, algumas teorias a título ilustrativo e que foram estudadas por S. Soares de Faria¹⁷ e também Alfredo Buzaid¹⁸ em suas respectivas obras.

1) Bentham

O juiz deveria, caso a caso, distribuir o ônus da prova a quem puder satisfazê-la com menores despesas, menor perda de tempo e menor incômodo.

2) Webber

Basicamente fundamenta-se no princípio de quem alega um direito deve provar os fatos incertos, cuja verdade constitui o pressuposto do direito, enquanto a ausência das condições gerais desse direito de ver provada pelo réu.

3) Bethmann-Hollweg

Segue a máxima *affirmanti incubit probatio*, aplicando-a às relações jurídicas e não aos fatos. Portanto, quem afirma um direito deve provar a sua existência.

4) Fitting

Procura estabelecer o critério segundo normas agentes (aquelas que prevêm determinados direitos quando relacionadas com determinados fatos) e as normas reagentes (segundo as quais, excetuam-se aqueles direitos por outros fatos advindo da primeira situação fática).

É preciso concorrer para a prova dos pressupostos fáticos que se alega.

5) Giantureo

Busca um princípio universal, que possa ser usado em todos os ordenamentos jurídicos. Destaca o princípio do “ egoísmo”, atribuindo a ele o significado expresso pela ciência econômica. Portanto, o ônus da prova incumbiria a quem quisesse auferir vantagens da prova.

¹⁷ S. Soares de Faria. Principais teorias relativas ao ônus probandi. São Paulo : RT, 1936, Dissertação para o concurso à cadeira de professor de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

¹⁸ Alfredo Buzaid. Do ônus da prova. Estudos de direito. São Paulo : Saraiva, 1972. V, I.

6) Demogue

Traz o princípio da solidariedade entre as partes para a resolução da lide, devendo, a obrigação da prova, ser distribuído àquele que possa desempenhá-la com menos incômodo.

Também estabeleceu um importante pressuposto probatório, trazendo a distinção entre as obrigações de meio e as de resultado, com influência direta sobre a distribuição do ônus da prova.

7) Chiovenda

Baseia sua teoria nos princípios da oportunidade e da igualdade distributiva, afirmando que, freqüentemente, nos casos concretos, há um sentimento de se atribuir o ônus da prova àquele que detêm melhores condições de apresentá-la naquele momento, não obstante o interesse daquele que alega ou contesta, querer formar convicção ao juiz no seu pleito.

8) Carnelutti

Sua teoria assenta-se na capacidade probatória de cada parte. Portanto objetiva e sistematicamente, o ônus da prova caberia a quem alega o direito e os seus fatos constitutivos.

Porém, observa que essa regra não é absoluta, e que , em virtude de presunção de determinados fatos, poderá se dar a inversão do ônus da prova.

9) Betti

Alega que o réu só terá o ônus da exceção caso o autor prove a relação jurídica pleiteada na sua ação. Esta relação entre, ônus da ação e ônus da exceção, pode ser buscada com dois critérios: A) Formal, onde cada qual tem o ônus de provar os fatos que fundamentam seus pedidos e B) Material, que consiste no alcance jurídico que o direito substancial atribui aos fatos e circunstâncias alegadas.

Tais teorias foram desenvolvidas para buscar o aperfeiçoamento da distribuição do ônus da prova, de uma maneira distinta, justa e abstrata.

Nosso ordenamento jurídico se pauta, no art. 333, do Código de Processo Civil pela distribuição do ônus da prova fundamentado quanto ao tipo do fato requerido, sendo assim aludido: “ O ônus da prova incumbe: I) ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, II) ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

É de se notar, que essa pretensão, por vezes, é falha, visto que muitas vezes o autor pleiteia um direito, que cinge um fato impeditivo como meio de prova, exemplo disso é o caso da ação declaratória negativa, onde o autor deva sustentar a inexistência de uma relação jurídica e o réu de provar a existência da relação.

Rosemberg, jurista alemão, sintetiza sua teoria pregando que a distribuição do ônus da afirmação e do ônus da prova se baseia na diferença de preceitos jurídicos necessários para, cada parte provar a realização dos pressupostos fáticos do preceito sobre no qual funda sua pretensão. A norma de direito material é de fundamental importância para esse estabelecimento. Entretanto, ele acredita que a ciência deve-se buscar uma norma abstrata que não se vincule com o caso concreto.¹⁹

Posição diferente estabelece o jurista italiano MICHELI, para quem a despeito da importância do direito substancial para a distribuição, é indispensável levar em consideração as pretensões deduzidas pelas partes em juízo, mais importando a estrutura do processo concreto do que a situação abstratamente regulada pela lei.²⁰

3) A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1. Distribuição do ônus da prova no atual CPC

¹⁹ Leo Rosemberg. *La carga de la prueba*. Tradução espanhola, por Ernesto Krotoschin, da obra original intitulada *Die Beweislast*. 2. Ed. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1951, Buenos Aires: EJE, 1956.

²⁰ Gian Antonio Micheli, *L'onere della prova*, p.63. 2. ed. Padova : Cedam, 1966.

Ao se bater às portas do Poder Judiciário em busca de um direito material, que acredita ser seu, a parte necessita recorrer ao processo judicial, que são os caminhos estabelecidos em lei (normas), regidos por princípios, e que guiarão seus passos até o pretense direito.

À jurisdição cabe, baseada em provas trazidas ao processo, através do livre convencimento motivado do juiz, decidir a lide de forma justa.

Para que esta prestação de jurisdição seja legítima, suas normas devem ser previamente estabelecida, para agir de forma abstrata e imparcial, buscando apenas e, tão somente, esclarecer os fatos à luz do direito material que é o objeto da lide.

Hoje, a regra geral de distribuição do ônus da prova no nosso código de processo civil está prevista no art. 333 e, reparte o encargo probatório entre as partes de acordo com a natureza dos fatos (objeto das provas) e a posição processual verificada entre as partes, ficando a cargo da do autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a comprovação dos fatos que atuam sobre o direito alegado, impedindo sua formação, modificando-o ou mesmo extinguindo-o.

Dessa forma, estabelece uma distribuição estática, prévia, não considerando as particularidades do caso em concreto, levando em consideração apenas a posição processual das partes, a natureza dos fatos invocados e o interesse em comprovar o fato.²¹

Esta forma de distribuição, que, desconsidera as peculiaridades do caso concreto, e não vislumbra a dificuldade ou mesmo eventual impossibilidade de produção da prova pela parte onerada, pode, muitas vezes, se tornar um obstáculo no qual se depara o juízo na adequada prestação jurisdicional.

3.1.1. Direito Vivo

A dinamização do ônus da prova, já é utilizado largamente nos casos aplicados ao CDC (Código de Defesa do Consumidor de 1990), e visto como um instrumento muito útil à prestação jurisdicional, agilizando o processo e trazendo mais justiça a

²¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 5. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010. vol. 2. P. 79.

ele. Por isso, se alargou o espectro de sua utilização para outras áreas do direito, como se vê na decisão abaixo:

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - Embargos à execução fiscal - Prova - Inversão do ônus - Ocorrência - Sócio da empresa executada que é indicado na Certidão de Dívida Ativa - Título que goza de presunção de certeza e liquidez - Gestor da sociedade devedora que deve comprovar não ter agido com infração à lei, ao regulamento ou com excesso de poderes para eximir-se do débito - Inteligência do art. 204 do CTN e do art. 3.º da Lei 6.830/1980. (STJ - REsp 1.182.462 - 1.ª Seção - j. 25/8/2010 - m.v. - julgado por Jorge Mussi - DJe 18/5/2011)

3.2. A proposta do novo CPC

Muito se tem pesquisado, como vimos anteriormente, para que se estabeleça uma forma normativa, além de abstrata, que garanta a previsibilidade e imparcialidade, mas também efetiva, na busca pela justiça e pela verdade real no caso em concreto.

A imparcialidade do Juízo, porém, não pode ser confundido com sua inércia ou inoperância na condução da solução da lide. É preciso que, respeitando o princípio da imparcialidade, do contraditório e ampla defesa, se estabeleçam ferramentas úteis ao trabalho do juiz, garantindo a ele, um amplo convencimento dos fatos e por consequência, uma decisão justa e transparente, fazendo com que sua motivação seja elencada em provas trazidas aos autos, independentemente de quem as trouxerem.

É óbvio, por assim dizer, que às partes, não só cabe, quanto é elementar, que tragam aos autos, toda forma lícita de provas, para constituir seu direito (autor), e ou modificar, extinguir ou impedir esses direitos (réu).

Porém, muitas vezes, haverá situações em que a onerosidade e a dificuldade em se trazer aos autos uma determinada prova que cabe a determinado personagem, poderá constituir um óbice ao justo sentenciamento da lide.

Nestes casos, uma dinamização do ônus da prova, pode provocar, sem ferir os princípios regentes da ação, uma solução justa e adequada ao caso concreto. E é exatamente isso que se espera do órgão jurisdicional.

Via de regra, a distribuição estática do ônus da prova deve ser utilizada em todos os litígios de natureza civil, porém, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, o juiz terá uma ferramenta a mais para poder decidir a lide de maneira mais justa e breve.

Visto à princípio, no Código de defesa do Consumidor, Lei 8078/90, art. 6º, VIII, onde se permite, quando cumprido seus requisitos, que o consumidor seja beneficiado com a regra da inversão do ônus da prova, transferindo ao fornecedor o ônus correspondente.²²

O princípio constitucional da isonomia, alicerça essa regra que tem como finalidade reequilibrar as forças das partes no processo, facilitando a defesa dos interesses do consumidor que se encontrar em situação de inferioridade processual.²³

Portanto, este equilíbrio entre as partes, deve ser agora, um objetivo primitivo na evolução processual com o advento do novo CPC.

Assim o art. 373, § 1º do novo CPC estabelece que:

“Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”

3.3. Momento

²² BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. Revista de Processo. Vol. 86. ano 22. P. 295-296. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1997.

²³ CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Rio de Janeiro: GZ, 2009. P. 23-26.

A eficácia da jurisdição é condição essencial para que se estabeleça uma convivência social mais harmoniosa e respeitosa entre os membros de uma determinada sociedade. A observância das normas, assim como uma efetiva aplicação das mesmas é condição *sine qua non* para a pacificação social.

É preciso, portanto, estabelecer um parâmetro eficaz para que a dinamização do ônus da prova não seja um ato discricionário, e que privilegie uma parte em detrimento da outra.

Ordinariamente, a dinamização do ônus da prova se decide no saneamento do processo, com base nas informações disponíveis no instante da decisão. Neste ponto, quando a legislação projetada se refere à facilidade/dificuldade na obtenção dos meios de prova, o aplicador trabalha, em verdade, com o que parece fácil e com o que parece difícil de obter com, com os olhos atentos ao contexto descrito naquele momento.

Fato é, inclusive bastante debatido e consolidado nos nossos tribunais, que a dinamização do ônus da prova, como dito anteriormente, necessita ser verificada em momento oportuno no processo, não podendo provocar surpresas aos litigantes, conforme se vê do julgado abaixo do STJ:

CONSUMIDOR – Prova – Inversão do ônus probandi durante a fase instrutória – Admissibilidade – Medida logicamente mais adequada aos princípios da ampla defesa e do contraditório – Inversão apenas na sentença que, ademais, impõe surpresa às partes litigantes.(STJ - REsp 662.608 - j. 12/12/2006 - julgado por Hélio Quaglia Barbosa)

Ainda

RECURSO ESPECIAL. CDC. APLICABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ENUNCIADO N. 297 DA SÚMULA DO STJ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 6º, INCISO VIII, DO CDC). MOMENTO PROCESSUAL. FASE INSTRUTÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. Há muito se consolidou nesta Corte Superior o entendimento quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (enunciado n. 297 da Súmula do STJ) e, por conseguinte, da

possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do inciso VIII do artigo 6º da lei consumerista.

2. O Tribunal de origem determinou, porém, que a inversão fosse apreciada somente na sentença, porquanto consubstanciaria verdadeira "regra de julgamento".

3. Mesmo que controverso o tema, dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória - momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes -, posicionamento que vem sendo adotado por este Superior Tribunal, conforme precedentes.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no ponto, provido.

Porém, há de se evidenciar a importância de que, como regra de conduta dirigida às partes, a alteração do comando deve permitir que o novo titular do encargo tenha condições adequadas de requerer e produzir provas, como diz o Art. 373 § 2º que diz: “ A decisão prevista no § 1º deste artigo (que trata da dinamização do ônus da prova)não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

O Código de Processo Civil atual , apesar de estabelecer em seu artigo 333 que, o ônus da prova incumbe: 1-Ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e 2-ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, prega a possibilidade de uso de todos os meios legais, bem como moralmente legítimos, ainda que não especificados em código, para provar a verdade em que se funda a ação ou defesa.

Isto abre a possibilidade de que tanto autor, como réu, se utilizem de todos os meios probatórios legais possíveis para garantir seu sucesso na demanda.

O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 373, § 1º, citado anteriormente, abre espaço para uma intervenção mais abrangente do juiz, porém também concede à parte que se sentir prejudicada pela inversão do ônus da prova, meios para se desincumbir do feito, através do Agravo de Instrumento, art. 1015, XI que diz ser possível o uso de tal recurso contra as decisões interlocutórias que versarem sobre redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º.

Esta inovação do Novo Código de Processo Civil, vem ao encontro do que rege a nossa Constituição no sentido de isonomia entre as partes. A igualdade que aqui se privilegia, não é a igualdade formal, onde todos são iguais perante a lei, mas sim, a igualdade material, determinada pelo princípio da paridade de armas.

Neste sentido, é importante que nenhuma das partes seja beneficiada por sua maior capacidade econômica ou técnica, pois na verdade, o que prega a Constituição é o "tratamento igual aos substancialmente iguais e ou desigual aos desiguais na medida da sua desigualdade, com o objetivo de que sejam superadas tais diferenças²⁴, nos termos da tradicional formulação aristotélica."²⁵

3.4. Distribuição do Ônus da Prova através de Convenção (Negócio Processual)

Outra novidade que agora se apresenta positivada no Novo Código de processo Civil, artigo 373 § 3º é a distribuição do ônus da prova através de convenção das partes, assim determinado: "A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:"

- I) Recair sobre direito indisponível da parte e
- II) Tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Ainda, o Novo Código de Processo Civil, aduz que esta convenção poderá ser celebrada antes ou durante o processo.

Esta forma de dinamização do ônus da prova, forma-se através de um negócio jurídico entre as partes, e que, portanto, precisam preencher os pressupostos do mesmo, quais sejam: i) Agente capaz ; ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável e iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

²⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 60.

²⁵ FUX, Luiz. Processo e Constituição. In: _____. (coord.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 11.

Como definido por Marcos Bernardes de Mello, “ negócio jurídico é o fato jurídico, cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico” ²⁶

Portanto, caso seja convencionado pelas partes a quem cabe o quê dentro do procedimento probatório em uma eventual necessidade, ainda assim, deverá respeitar o prescrito em lei, respeitando os princípios da ampla defesa e do contraditório, da paridade de armas e das questões possíveis dessa convenção.

Com relação aos direitos indisponíveis, a solução torna-se mais pragmática, uma vez que, via de regra, são taxativos e normatizados, sendo relativamente fáceis a sua detecção. Porém, no que diz respeito à excessiva dificuldade de produzir a prova, trazida à parte quando da verificação do caso concreto, a atuação do juiz se faz necessário, estabelecendo critérios para o saneamento da questão.

E por óbvio, estando uma dessas questões interferindo prejudicialmente a parte dentro do processo, poderá haver a nulidade da convenção.

CONCLUSÃO

A vida em sociedade requer um constante equilíbrio entre as pessoas, necessitando, para que isso seja factível, de normas determinando suas condutas e de sanções quando as mesmas são corrompidas.

A evolução social é constante e, nos tempos atuais, rápida o bastante para tornar obsoleta normas que há pouco eram consideradas fatuais.

Nesse sentido, a busca também pela evolução dos meios para se manter a pacificação e a harmonização social são objetos de inúmeros estudos e teorias.

²⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

Dentre elas, encontramos a preocupação dos estudiosos em encontrar uma maneira que se possa produzir o melhor e mais justo convencimento do juiz acerca da lide em concreto.

Procurando respeitar sempre os princípios da isonomia, da imparcialidade do juiz, da paridade de armas entre as partes, além de outros princípios consagrados no nosso Direito, é que a dinamização do ônus da prova vem para ajudar o órgão jurisdicional a prolatar uma sentença que, consiga ao mesmo tempo, ser célere e justa.

O Novo Código de Processo Civil, positiva uma tendência que há tempos vinha ocorrendo na prática jurídica brasileira: a dinamização do ônus da prova.

Este valioso instrumento de ação judicial poderá, se bem utilizado, trazer inúmeros benefícios à solução das lides, traduzindo uma melhor distribuição entre as partes das necessidades e possibilidades do processo no caso concreto.

Interessante notar também que, apesar da possibilidade do juiz utilizar esse recurso, ele deve vir acompanhado de uma fundamentação jurídica pelo magistrado, além de ser passível de recurso pela parte onerada, quando esta se achar na impossibilidade de execução da prestação imposta.

Acreditamos que este será muito útil à sociedade e à comunidade jurídica como um todo, no momento em que poderá trazer ao caso concreto, elementos probatórios mais fidedignos e conseqüentemente, uma sentença mais justa e célere, escopo principal da jurisdição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova no Direito Processual Civil**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no Processo Civil**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA NETO, Francisco de Barros. Dinamização do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, vol.239, janeiro, 2015. p.407-418.

MOUZALAS, Rinaldo ; ATAÍDE JÚNIOR ,Jaldemiro Rodrigues de, Distribuição do Ônus da Prova Por Convenção Processual, **Revista de Processo**, vol.240, fevereiro, 2015. p. 399–423.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A Dinamização do ônus da Prova, **Revista de Processo**, Vol.240, fevereiro, 2015. p.41-58

OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes de. A Distribuição do ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro, **Revista de Processo**, vol. 231, Maio, 2014. P. 13-35.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**, 2^a ed. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2008

SILVA, Ricardo Gomes da, **Direito Romano**. Cola da Web. Disponível em:<<http://www.coladaweb.com/direito/direito-romano>>. Acesso em 26 de junho 2015.